

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Voldoende aanwijzingen in de zin van artikel 36e lid 2 Sr)

Borgers, M.J.

2010

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J., (2010). *Case note: Hoge Raad (Voldoende aanwijzingen in de zin van artikel 36e lid 2 Sr)*, No. 313, Dec 22, 2009. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2010).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Noot van M.J. Borgers

1.

Artikel 36e lid 2 Sr biedt de mogelijkheid om voordeel te ontnemen uit (onder andere) feiten die soortgelijk zijn aan het feit waarvoor de betrokkene is veroordeeld. Daarvoor is vereist dat er ‘voldoende aanwijzingen’ bestaan dat de betrokkene het soortelijke feit of de soortelijke feiten heeft begaan. De wetgever heeft nooit helemaal duidelijk weten te maken wat moet worden verstaan onder het criterium van voldoende aanwijzingen. Dat het om een ander criterium gaat dan wettig en overtuigend bewijs, staat vast, maar daar houdt het ook wel op. Er zijn meerdere interpretaties mogelijk. De meest verstrekkende is dat het criterium van voldoende aanwijzingen een aanmerkelijk minder strenge bewijswaarderingsmaatstaf inhoudt dan wettig en overtuigend bewijs, hetgeen betekent dat in ontnemingszaken minder zekerheid behoeft te bestaan en dus meer twijfel is toegelaten dan in ‘gewone’ strafzaken. Er zijn ook minder verstrekkende interpretaties. Allereerst kan men betogen dat met het criterium van voldoende aanwijzingen ‘slechts’ wordt beoogd om de wettelijke bewijsregels — en dan in het bijzonder de bewijsminimumregels — niet van toepassing te laten zijn. Voorts kan worden verdedigd dat met dit criterium een bewijsverlichting wordt geboden in die zin dat indien de betrokkene een serie van strafbare feiten heeft begaan, het in het kader van de voordeelsontneming niet nodig is om voor elk feit afzonderlijk het daaruit behaalde voordeel vast te stellen. Daarmee wordt tot op zekere hoogte extrapolatie mogelijk gemaakt.

In de literatuur wordt de meest verstrekkende interpretatie veelal afgewezen en wordt één van de minder verstrekkende opties — of voor een combinatie daarvan — bepleit (zie voor een overzicht De ontnemingsmaatregel, Den Haag: BJu 2001, p. 271-286). Die keuze is ook alleszins gerechtvaardigd. Het criterium van voldoende aanwijzingen heeft immers betrekking op de vaststelling dat de betrokkene een strafbaar feit heeft begaan. Dat is een vaststelling waarbij het structureel afzwakken van de vereiste zekerheid niet goed past, anders dan bijvoorbeeld de vaststelling van de precieze omvang van het voordeel. Binnen dit debat heeft de Hoge Raad nimmer een heldere positie ingenomen. Weliswaar heeft de Hoge Raad naar voren gebracht dat de op de voordeelsontneming betrekking hebbende wettelijke voorschriften getuigen van ‘een versoepeling van het bewijsregime’ (aldus HR 23 januari 2001, NJ 2001, 208), maar de Hoge Raad heeft niet aangegeven waaruit die versoepeling dan naar zijn oordeel zou bestaan.

2.

In de hierboven afgedrukte zaak komt de vraag aan de orde of voldoende aanwijzingen bestaan ter zake van (het medeplegen van) diefstal van een geldkistje. Het gerechtshof heeft die voldoende aanwijzingen naar het oordeel van de Hoge Raad kunnen ontlenen aan twee bewijsmiddelen: de aangifte waarin het slachtoffer verklaart dat bij een inbraak in zijn woning een geldkistje is weggenomen, alsmede het

ontnemingsrapport van de politie waarin aan dezelfde inbraak wordt gerefereerd. Op de keper beschouwt voegt dit rapport niets toe, omdat hierin slechts wordt herhaald wat in de aangifte reeds is opgenomen. Op zichzelf is dat niet problematisch nu in ontnemingszaken de rechter niet aan is gebonden aan de bewijsminimumregels (vgl. onder andere HR 9 september 1997, NJ 1998, 90) en zich dus ook op één bewijsmiddel mag verlaten. Belangrijker is de vraag of uit de aangifte daadwerkelijk kan worden afgeleid dat de betrokkene in deze zaak de diefstal van het geldkistje heeft begaan. A-G Knigge stelt vast dat hierover in de aangifte niets is opgenomen en concludeert, nu er ook geen andere bewijsmiddelen voorhanden zijn waaruit die betrokkenheid blijkt, dat er geen sprake is van voldoende aanwijzingen. De Hoge Raad oordeelt hierover anders, waarbij in aanmerking wordt genomen dat in het geldkistje niet alleen een geldbedrag zat maar ook een bankpasje. Dat bankpasje is kort na de diefstal van het geldkistje gebruikt om geld te pinnen. Voor (het medeplegen van) de diefstal door middel van dat pinnen is de verdachte veroordeeld.

De redenering van de Hoge Raad is kennelijk dat de tijdspanne tussen de diefstal van het geldkistje en de diefstal door middel van het pinnen zo kort is geweest, dat het hoogst onwaarschijnlijk is dat de betrokkene wel de tweede diefstal maar niet de eerste diefstal heeft begaan en dat derhalve een nadere onderbouwing van de voldoende aanwijzingen niet geboden is. Een dergelijke redenering is in mijn ogen echter niet zonder meer onproblematisch. Is de korte tijdspanne een zodanig dwingend argument dat daarmee mogelijke alternatieve scenario's — waarin de betrokkene op een andere wijze de beschikking heeft gekregen over het bankpasje — als hoogst onwaarschijnlijk kunnen worden beschouwd? Het komt mij voor dat niet uitsluitend op de korte tijdspanne moet worden afgegaan, maar dat die tijdspanne moet worden gezien in het licht van de concrete feiten en omstandigheden van het geval. Heeft de betrokkene iets verklaard over hetgeen hij kort voorafgaand aan het pinnen heeft gedaan? Is er iets bekend over de samenwerking tussen de betrokkene en zijn kompaan op de dag van diefstallen? Trokken zij bijvoorbeeld die dag al enige tijd samen op? Mogelijk hebben het gerechtshof en de Hoge Raad in deze zaak ook het nodige gewicht toegekend aan de proceshouding van de betrokkene, die — naar het zich laat aanzien — niet zelf een verklaring heeft aangedragen waarom hij — anders dan door betrokkenheid bij de diefstal van het geldkistje — de beschikking had over het bankpasje. Maar of en in hoeverre aan dergelijke feiten en omstandigheden betekenis is toegekend, blijkt niet uit het arrest van het gerechtshof, terwijl een dergelijke motivering ook niet door de Hoge Raad wordt verlangd.

Zou de Hoge Raad een soortgelijk oordeel ook hebben geveld in een gewone strafzaak? Dat zou al niet mogelijk zijn geweest omdat in dat geval de bewijsminimumregel van artikel 342 lid 2 Sv zou zijn geschonden. Dat is in een geval als het onderhavige meer dan louter een 'technische' aangelegenheid. Juist omdat de aangifte niet méér duidelijk maakt dan dat er een strafbaar feit is begaan (en niet wie dat — mogelijk — heeft begaan), is een tweede bewijsgrond onmisbaar om dat strafbare feit te koppelen aan de dader. Die bewijsgrond is dan niet alleen van belang om te kunnen voldoen aan het bewijsminimum, maar juist ook voor de vereiste mate van zekerheid en dus voor de overtuiging. (De aanscherping van de bewijsminimumregels in HR 30 juni 2009, NJ 2009, 495 en HR 30 juni 2009, NJ 2009, 496 m.nt. M.J. Borgers kan overigens ook in dit licht worden gezien.) De vraag zou overigens nog kunnen worden opgeworpen of het gerechtshof en de Hoge Raad — impliciet — een schakelbewijsconstructie hebben gehanteerd. Maar nog afgezien van het feit dat de uitspraken van deze

instanties daar niet op duiden, lijkt een dergelijke constructie in een geval als het onderhavige niet toelaatbaar, alleen al omdat de voor het schakelbewijs vereiste verwantschap tussen de feiten, met name op het punt van de *modus operandi*, hier ontbreekt (vgl. Demeersseman, Trema 2009, p. 149-156 en De Wilde, DD 2009, p. 563-588).

Ook al geldt dat in ontnemingszaken de bewijsminimumregels niet van toepassing zijn, dat had de Hoge Raad er niet van behoeven te weerhouden om een nadere feitelijke onderbouwing te verlangen van het aannemen van voldoende aanwijzingen ter zake van de diefstal van het geldkistje. Dat de Hoge Raad daar niet voor kiest, maar juist zelf de redenering van de tijdspanne tussen de diefstallen naar voren brengt zonder die redenering van feitelijke onderbouwing te voorzien (of een dergelijke onderbouwing van het gerechtshof te verlangen), zou kunnen betekenen dat naar het oordeel van de Hoge Raad het criterium van voldoende aanwijzingen met zich brengt dat in ontnemingszaken met minder zekerheid genoeg mag worden genomen dan in een 'gewone' strafzaak. Of leest men dan teveel in de overwegingen van de Hoge Raad? Hoe dan ook, het verdient aanbeveling dat de Hoge Raad in meer algemene zin uiteenzet hoe naar zijn oordeel het criterium van voldoende aanwijzingen moet worden begrepen, temeer daar dat criterium onder het komende recht gehandhaafd blijft (zie Kamerstukken I 2009/10, 32 194, A; vgl. Borgers & Kooijmans, DD 2010, p. 215-220).

3.

A-G Knigge werpt nog de vraag op of in het onderhavige geval sprake is van een verrassingsbeslissing. Het openbaar ministerie heeft in eerste aanleg en in hoger beroep niet de ontneming van het voordeel uit de diefstal van het geldkistje gevorderd, terwijl de door de rechtbank opgelegde ontnemingsmaatregel daar ook geen betrekking op had. Had de verdediging bij die stand van zaken er zelf mee rekening moeten houden dat het gerechtshof die diefstal zou kunnen betrekken in de ontnemingsmaatregel, of had het gerechtshof tijdens het onderzoek ter terechtzitting de verdediging op de een of andere wijze — al dan niet door middel van heropening van het onderzoek ter terechtzitting — expliciet in de gelegenheid moeten stellen om zich uit te laten over de mogelijkheid om deze diefstal te betrekken in de op te leggen ontnemingsmaatregel (vgl. HR 15 mei 2007, NJ 2007, 506)? A-G Knigge laat de vraag onbeantwoord omdat hij het cassatiemiddel reeds gegrond acht wegens het ontbreken van voldoende aanwijzingen voor deze diefstal. De Hoge Raad gaat, ook al neemt hij wel voldoende aanwijzingen aan, eveneens voorbij aan deze vraag. De verklaring daarvoor zal waarschijnlijk zijn gelegen in het feit dat het middel er niet expliciet over klaagt dat een verrassingsbeslissing is gegeven. Dat maakt de door de A-G opgeworpen vraag evenwel niet minder interessant, juist omdat het niet valt uit te sluiten dat in de onderhavige zaak betekenis is toegekend aan de proceshouding van de betrokkene.

Men zou kunnen betogen dat in het onderhavige geval sprake is van een verrassingsbeslissing gelet op de richting die de zaak had genomen met de vordering van het openbaar ministerie in beide instanties en de beslissing van de rechtbank. Daar staat tegenover dat het ontnemingsrapport van de politie de diefstal van het geldkistje expliciet noemt. Mede gelet op het feit dat de rechter in ontnemingszaken niet is gebonden aan de vordering van het openbaar ministerie (vgl. onder andere HR 24 december 2002, NJ 2003, 157), kan het betrekken van de diefstal van het geldkistje dan niet zonder meer als een

volslagen verrassing voor de verdediging worden aangemerkt. Beslissend lijkt mij te zijn of het gerechtshof tijdens het onderzoek ter terechtzitting voldoende aandacht heeft besteed aan de diefstal van het geldkistje. Zijn die diefstal en de mogelijkheid dat de betrokkene daaruit voordeel heeft verkregen, uitdrukkelijk aan de orde gesteld? Eerst dan is het naar mijn mening redelijk om betekenis toe te kennen aan de proceshouding van de betrokkene en het uitblijven van een alternatieve verklaring.

Op grond van artikel 511d lid 1 juncto artikel 301 Sv dienen alle stukken uit het dossier — waaronder een zich in dat dossier bevindend ontnemingsrapport — te worden voorgehouden. Dat voorhouden kan in beginsel ook geschieden door een mondelinge mededeling van de korte inhoud. Juist daarin schuilt in een zaak als de onderhavige een risico. Indien het ontnemingsrapport al te bondig zou worden samengevat, bestaat de kans dat de diefstal van het geldkistje feitelijk niet of nauwelijks wordt besproken. En juist dan kan het betrekken van die diefstal in de ontnemingsuitspraak wel als een verrassingsbeslissing worden aangemerkt. Een tegenwerping zou nog kunnen zijn dat op grond van (artikel 511d lid 1 juncto) artikel 301 lid 3 Sv de verdediging zich kan verzetten tegen een mondelinge mededeling van de korte inhoud. Het is in mijn ogen evenwel niet redelijk om van de verdediging te verlangen dat zij de aandacht richt op feiten en omstandigheden die tot een voor de verdachte ongunstige beslissing kunnen leiden, in een situatie waarin de rechter in eerste aanleg en het openbaar ministerie in beide feitelijke instanties aan die feiten en omstandigheden voorbij zijn gegaan. Het is daarbij de eigen verantwoordelijkheid van de rechter om aandacht te vragen voor hetgeen hij — mogelijk — relevant acht voor de te nemen beslissing.